This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 732 309

COSTA

Saggio esegetico sopra un frammento di Papiniano

1891

HARVARD
LAW
LIBRARY

HD

Digitized by Google

Digitized by Google

EMILIO COSTA

SAGGIO ESEGETICO

SOPRA

UN FRAMMENTO DI PAPINIANO

(*lib. 6 quaest* fr. 50 § 1 *D. de her. pet.*, V. 3)

PARMA

CASA EDITRICE LUIGI BATTEI

1891

Digitized by Google

DEC 20 1930

Digitized by Google

SOMMARIO

§. 1. Il fr. 50 *D. de her. pet.* V, 3. — §. 2. Il suo caso giuridico. §. 3. Alcuni dubbi d'interpretazione ch'esso presenta. — §. 4. La sua importanza e le discussioni su di esso per la teorica della necessità dell'*animus negotia aliena gerendi*, per intentare l'*actio negotiorum gestorum contraria*. — §. 5 L'ultima deduzione tratta dal Prof. Cogliolo contro la necessità di tale *animus*, dal nostro fr. 50 § 1 *D. de her. pet.*, V, 3 e dai fr. 14 §. 11 e 32 pr. *D. de relig.*, XI, 7. — §. 6. Opinioni dello Zimmermann e del Vangerow. — §§. 7-9. Spiegazioni della risoluzione del testo, come eccezionale. — §. 10. Osservazioni su tali teorie e spiegazioni. — §. 11. La regola dell'*animus negotia aliena gerendi* fuori di negozi ereditari e il contrasto di essa col nostro testo. — §. 12 Considerazione dell'*animus* speciale che si considera nel nostro testo; — §. 13 e della speciale obbiettività che corrisponde a tale *animus*. Differenza sostanziale fra il negozio altrui gerito come ereditario ed ereditariamente proprio, e il negozio veramente proprio. — §. 13. Come l'affermarsi di tal differenza segua un necessario processo di evoluzione, corrispondentemente all'evoluzione che subisce l'eredità, e secondo questo si spieghi? — §. 15. Il distacco che si presenta fra l'opinione di Trebazio e Proculo, che nega nel fr. 14 § 11 *D. de relig.* la *funeraria*, e quella di Ulpiano e di Paolo, rispettivamente nel cit. fr. e nel fr. 32 pr., che l'ammettono. — §. 16. Come tale contrasto paia attribuibile alla coscienza avanzantesi del distacco obbiettivo fra il patrimonio del defunto e quello dell'erede e alla corrispondente differenza dell'*animus* di chi gerisce per sè e di chi gerisce come erede. — §. 17. Accenno all'evoluzione dell'eredità in Roma: di famigliare a patrimoniale. — §. 18 Come la risoluzione d'Ulpiano e Paolo per la *funeraria* s'informi già al concetto dell'erede patri-

Digitized by Google

moniale; — §. 19 al quale tuttavia prima informavasi Papiniano col nostro fr. 50 §. 1 *D. de her. pet.* per l'*a. negot. gestor. contr.* Altri segni di un'opera singolare di Papiniano nell'evoluzione ch'ebbe l'eredità. — §. 20. Contrasto evidente dell'opera di Papiniano con certe linee tracciate da Giuliano. — §. 21. E singolarmente intorno a concetto dell'erede famigliare a cui tuttavia Giuliano s'informa. Il fr. di Giuliano, *lib. 39 dig.*, fr. 33 *D. de cond. ind.*, XII, 6. Contrasto di esso col nostro fr. 50 §. 1. *D. de her. pet.* V, 3. — §. 22. Valutazione dell'accoglimento d'entrambi questi fr. nei digesti giustinianei. Valore di singolarità dato al fr. di Papiniano: segni da cui tal valore resulta, e contrasto colla generale portata riconosciuta al fr. di Giuliano.

Digitized by Google

SAGGIO ESEGETICO

SOPRA UN FRAMMENTO DI PAPINIANO

(*lib. 6 quaest.*, fr. 50 §. 1 *D. de her. pet.*, V, 3)

§. 1. Il testo del fr. 50 §. 1. *D. de her. pet.*, V, 3, è il seguente:

Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas eius vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Questo frammento, tratto dal sesto libro delle *quaestiones* di Papiniano, e dalla parte di esso in cui trattavasi della *hereditatis petitio*, è fra i più discussi dagli scrittori che s'occuparono, o di proposito, o con qualche larghezza, della *negotiorum gestio*, e, più particolarmente, dell' *actio*

Digitized by Google

negot. gestor. contraria, della quale esso presenta una singolare applicazione.

§. 2. Non è duopo di lungo discorso per esporre e spiegare il caso giuridico, che chiaramente e rapidamente vi si offre.

Una persona, morendo con un dato testamento, vi ha imposto all' istituitovi erede di erigerle un monumento: non resulta dal testo (e poco importa) se sopra terreno *religiosum* già appartenente al defunto, o invece su terreno da acquistarsi allo scopo di seppellirvi costui, e però da rendersi così *religiosum*.

L' istituito erede ottempera all' obbligo impostogli ed erige il monumento; notandosi nel testo come indifferente ch'egli o vi impieghi la somma tassativamente determinata dal testatore, o invece quella ch' era idonea a procacciare un monumento corrispondente alla *dignitas* e alla *substantia* del defunto.

Ma, dopo ciò, si trova invalida, comunque, la istituzione e l'eredità è acquistata dagli eredi veri. Da costoro, il chiamato per testamento, il quale era dunque nulla più che un semplice possessore di buona fede dell' eredità, si decide che possa recuperare ciò che spese nell' erezione del monumento, sia opponendo l'*exceptio doli* alla *petitio hereditatis* degli eredi, sia, perfino, ed è ciò che più importa, facendo valere contro costui l'*actio negot. gestor. contraria*, se già l' eredità fosse stata restituita.

A giustificare codesto diritto del possessore di buona fede di ripetere dagli eredi, anche coll'*a. neg. gestor. contraria*, quanto spese, il testo reca la considerazione che, sebbene non *stricto iure*, e per azioni, ma solo per autorità dei pontefici o per autorità del principe (affermatasi per taluni riguardi parallelamente a quella), gli stessi eredi potevano esser costretti ad erigere il monumento voluto dal defunto. E però in questo caso si ha una volontà, la

Digitized by Google

quale, benchè civilmente inefficace pel venir meno di quell'istituzione testamentaria, è tuttavia fatta valere per riguardi particolari d'indole religiosa; riguardi che inducono quasi un concorso delle due fonti di successione, contrariamente alla regola rigorosa, per cui l'intervento dell'una esclude del tutto l'intervento dell'altra; ritenuto che gli eredi veri siano qui i legittimi.

Sicchè invero, per tali riguardi, l'erezione del monumento fatta dal possessore di buona fede, ha liberato effettivamente gli eredi dall'obbligo di erigerlo che, per interposizione dei pontefici, sarebbe loro spettato. Così il testo.

§. 3. Alcuni dubbi d'interpretazione si presentano in esso; e non debbono rimanere inconsiderati.

E, prima, se l'obbligo imposto all'istituito nel testamento si configuri quì quale condizione o quale *modus*. La natura stessa di tale obbligo pare escluda per sè che questo vi stia come condizione: costituendo esso uno degli oneri più consueti imposti alla liberalità dal testatore, mentre invece mal si concepisce in sè, posto quale avvenimento futuro, dal cui avverarsi per opera dell'istituito sia fatto dipendere il suo acquisto dell'eredità.

E a che si ravvisi qui veramente un *modus*, anzichè una *condicio*, argomento sopra ogni altro importante e decisivo sembra potersi trarre dalla stessa espressione del testo: *quamvis nulla actione teneantur heredes ad monumentum faciendum*; la quale adunque chiaramente accenna ad un obbligo degli eredi, sussistente dopo ch'essi hanno adita l'eredità: obbligo che si fa bensì gravare sopra gli eredi veri, non più sull'istituito nel testamento, al quale era rivolto dal testatore: ma che conserva tuttavia, pur così gravando su costoro, l'identica natura e configurazione giuridiche, che aveva impresse su quello la volontà del defunto (1).

(1) Un *modus* ravvisarono qui: Francke, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentit. de hered. petit.*, Göttin-

Digitized by Google

Nè fa duopo osservare che non parla contro a ciò l' espressione del testo *condicionis implendae gratia*, troppo essendo risaputo come al tempo dei giuristi classici fosse consueto designare con *condicio* anche l' elemento accidentale dell'atto di liberalità, che propriamente avrebbe dovuto designarsi, e si designò poi, con *modus* (²).

Anche può lasciar dubbio il nostro testo in qual guisa e perchè il chiamato nel testamento rimanga semplice possessore di buona fede. Il caso più normale è certo quello in cui, per causa intrinseca o estrinseca, sia annullato il testamento. Ma anche può accadere che l'istituito appaia incapace o assolutamente o relativamente, e però che l'eredità, tolta a lui, si acquisti agli eredi legittimi. Che nel caso nostro v' abbia acquisto a' sostituiti non è a credersi: in tal caso l'obbligo di erigere il monumento, considerandosi senz'altro trapassato dall' erede istituito al sostituito, neppure sarebbe occorso il richiamo all' autorità *pontificalis* o *principalis*, per fissare quel trapasso di obbligo, che costituisce il fondamento della particolare applicazione dell' *a. neg. gestor. contraria*, che s' offre nel nostro testo.

E un'ultima osservazione è a farsi finalmente, circa l'*auctoritas pontificalis*, a cui è richiamo nel testo. Che a codesta *auctoritas* ci si riferisca qui, in quanto induca gli eredi alla erezione del monumento, appunto in *obsequium supremae voluntatis* del defunto: induca cioè l' eseguimento di una volontà rivolgentesi all' erezione di un monumento, anche all' infuori di un' estrinsecazione giuridicamente valida di essa, resulta dalla stessa espressione, chiara e precisa, del testo. Ma ciò che vuolsi ricordare (e che ha rilevante im-

---

gen, 1864, II, p. 380; Köllner, *Die Grundzüge der Oblig. negot. gestor.*, Götting., 1856, pagg. 50-1. Vi ravvisa una condizione sospensiva il Grosskopf, *Zur Lehre von Retentionsrecht*, Oldenburg, 1858, §. 5, pagg. 103 e segg.

(2) Savigny, *Syst.*, III, §. 128, nota *h.*; Ferrini, *Teoria dei legati e fedecom.*, Milano, 1889, pag. 375.

Digitized by Google

portanza per la completa valutazione del nostro testo) si è che l'*auctoritas pontificalis*, o la *principalis*, parallelamente a questa affermatasi ([3]), poteva indurre gli eredi alla erezione del monumento, *secundum dignitatem et substantiam* del defunto, anche indipendentemente dall'esistenza di una qualsiasi volontà espressa di quello: a tanto portando l'ufficio loro di *religionis iudices:* Cic., *De leg.*, II, 19; II, 22; *Ad Att. Ep.*, IV, 2; Livio, I, 20; Nonio, v. *sanctitudo;* Plinio, *ep.*, X, 73 ([4]). Dal che questo consegue d'importante pel nostro testo: che dall'erezione del monumento per opera del possessore di buona fede, gli eredi ritraevano la liberazione di un obbligo che sarebbe a loro stessi spettato, persino se non fosse esistita quella volontà del defunto, per quanto esplicatasi in un testamento giuridicamente privo d' effetto.

§. 4. La liberazione di obbligo, derivata all'erede per opera del possessore di buona fede, non è avvenuta tuttavia in seguito a volontà che questi abbia precisamente a ciò rivolta, e con intendimento di averne obbligato l' erede. Il possessore eresse il monumento, credendo erede vero sè stesso, volendo adempiere ad un obbligo, che a lui veramente, non ad altri, incombesse. *Animus negotia aliena gerendi*, si disse, non può dunque ravvisarsi nell'atto del possessore di buona fede, che erige il monumento. Non ostante ciò, qui accordasi l' *a. neg. gest. contraria*, ammessa così sul semplice fondamento obbiettivo della liberazione di un obbligo derivata all' erede dall' atto del possessore dell' eredità.

(3) Cfr. Ulp., *lib. 25 del ed.*, fr. 8 pr. *D. de relig.*, XI,7: Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine *decreto pontificum seu iussu principis*, quaestionis est: et ait Labeo exspectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis; c. 2 *C. Th. de sep. viol.*

(4) Fornerio, *Rer. quot. lib.* VI, 1, nell' Otto, *Thes.*, II, coll. 284-5; A. G. Costano, *Quaest. iur. mem.*, nel cit. *Thes.*, V, col. 406.

Digitized by Google

E, partendo da questo presupposto, la gran maggioranza degli scrittori si valse del nostro testo o per negare generalmente la necessità del requisito dell' *animus neg. aliena gerendi*, perchè si dia luogo all' *a. neg. gestor. contraria*, o per negarlo entro dati limiti: mentre altri cercarono di spiegare l' assenza di tal requisito, solo nel caso speciale qui offertoci, per l' intervento di altri singolari principii e rapporti.

§. 5. Del nostro testo principalmente si valse di recente il Prof. Cogliolo, a sostegno della teoria che disconosce in ogni caso l' *animus neg. aliena gerendi*, quale necessario elemento dell' *a. neg. gestor. contraria* (5). « Con l' opinione della necessità *dell' animus neg. al. gerendi* » pare al Cogliolo che questo testo non possa per alcuna guisa spiegarsi. Poichè il possessore credeva sua l' eredità, egli, gerendo, non poteva aver l'animo di gerire per altri. E a questo testo egli ne aggiunge due altri, pure importanti, che di consueto sono dagli scrittori addotti e spiegati insieme col nostro fr. 50 §. 1, e che saranno anche da noi considerati di continuo nel seguito di queste ricerche. In essi s'ammette l'azione *funeraria*, che sostanzialmente può designarsi, e si designa, come una particolare *a. negot. gestor. contraria*, a favore di chi, credendosi vero erede, abbia sostenute le spese funerarie pel defunto:

Ulp., *lib. 25 ad ed.*, fr. 14 §. 11 *D. de relig. et sumpt. fun.*, XI, 7: *Si quis, dum se heredem putat, patrem familias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit quasi alienum negotium gerens: et ita Trebatius et Proculus putat. puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam.*

(5) Cogliolo, *Tratt. teor. prat. della amm. degli affari altrui*, Firenze, 1890, I, pagg. 268-9.

Digitized by Google

PAOLO, *lib. 27 ad ed.*, fr. 32 pr. *D. eod.*: *Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit quod impenderit, utilem esse ei funerariam.*

§. 6. Avrebbe pure portata generale, benchè alquanto più limitata di quella che propugna il Cogliolo, una regola che dedusse, in ispecie dal nostro fr. 50 §. 1 e dai due testi sulla *funeraria*, lo Zimmermann. Egli sostenne, colla scortà di essi, che chi tratti negozi effettivamente altrui, pur non avendo intenzione di gerire per altri, possa valersi dell'*a. negotior. gestor. contraria*, come *utilis*, per conseguire l'importo dell'arricchimento derivato al *dominus* in forza della sua gestione, ogni volta ch'egli manchi, o d'altra azione propria del negozio da lui gerito, o della *condictio sine causa*, o del diritto di ritenzione (6). Senonchè questo largo concetto dell'*a. neg. gestor. contraria utilis*, propugnato dallo Zimmermann, si riconduce più veramente ad un'azione d'arricchimento, ammessa in ogni caso in cui manchi altro mezzo di diritto (7) e per rapporti di natura assai diversa da quelli resultanti da vera e propria *gestio* (8).

In sostanza molto analogamente allo Zimmermann, ancora in ispecie dal nostro testo e dai due relativi alla *funeraria*, il Vangerow deduceva la regola generale che il *dominus* possa, anche coll'*a. neg. gestor. contraria*, esser chiamato a compensare l'arricchimento derivatogli da estinzioni di debiti suoi, avvenute per opera del gestore, pre-

(6) ZIMMERMANN, *Aechte und unächte Negotior. gestio*, Giessen, 1872, §. 9, pagg. 65 e segg.

(7) WINDSCHEID, *Lehrb. des Pandektensr.*, 6 Aufl., §. 422, n. 18, I, pagg. 672-3.

(8) ZIMMERMANN, *op. cit.*, pagg. 69-71; ID., *Stellvertr. Negot. Gest.*, Strassburg, 1876, pagg. 132 e segg.

Digitized by Google

scindendo pure dal fatto che questi mancasse dell' *animus* di gerire per altri ([9]).

§. 7. Di fronte a queste teorie generali, a cui si assurse particolarmente colla scorta del nostro testo, stanno opinioni che in esso riconoscono una portata ed un senso ristretti ed eccezionali. L'opinione sostenuta dal Cuiacio ([10]), e propugnata più recentemente dal Chambon ([11]), ravvisa qui un' eccezionale applicazione dell'*a. neg. gestor. contraria*, ammessa pur nonostante la mancanza dell'*animus neg. al. gerendi*, a cagione di un prevalente riguardo all' elemento obbiettivo della corrispondenza del negozio gerito colla *hereditas*: prevalente riguardo che pur si ha nel caso di gestione d' un negozio appartenente all' eredità, nel suo stato di vera giacenza: fr. 20 (21) §. 1. *D. de neg. gest.*, III, 5: *Qui negotia hereditaria gerit quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat.*

§. 8. Per altri l' eccezione alla regola generale, che richiede perchè si faccia luogo all' *a. neg. gestor. contr.* e alla *funeraria*, *l' an. neg. aliena gerendi*, si spiega nel nostro fr. 50 §. 1 e nei fr. 14 §. 11 e 32 pr. *D. de relig.*, semplicemente colla scorta degli speciali riguardi d' indole religiosa che in tali testi intervengono ([12]).

---

(9) Vangerow, *Leitfad. f. Pandekten-Vorles.*, Marb., 1839-47, III, p. 482; Id., *Lehrb. der Pand.*, 7 Aufl, §. 664, III, pagg. 504 e segg.; Leist, *Das erlaubte ungerufene Eingreifen im fremde Vermögensangelegenh.*, Iena, 1855, §. 10, pagg. 36 e segg.; Brinz, *Pand.*, *II*, §. 321, pag. 646.

(10) Cuiacio, *in lib. 6 quaest. Papin.*, *Opera*, Venet. Mut., 1758-95, IV, coll. 106-8. È accennata anche da A. Oteyza et Olano, *Paralip. et elect. iur. civ.*, III, 9, 36, nel Meermann, *Thes.*, I, pag. 507.

(11) Chambon, *Die negot. gestio*, Leipzig, 1848, §. 18 pagg. 145-61.

(12) Kämmerer, *Erörterung der Frage: Kann Jemand, der, in dem Glauben seine eigenen Geschäft zu treiben, die eines Anders gerirt, gegen diesen Andern die Negotior. gest. actio ut. anstellen?* nella *Zeitschr. f. Civilr. und. Proc.*, VIII (1835) §, 9, pagg. 165 e segg.

Digitized by Google

§. 9. Altri ancora, per ispiegare l'eccezione che offrono questi testi, semplicemente ravvisano in essi un'applicazione del S. C. Giovenziano, pel quale il possessore di buona fede di un'eredità, se non deve ritrarre un arricchimento dal suo possesso, neppur deve, viceversa, riceverne danno ([13]).

§. 10. Non potrei propormi qui di scendere a un diffuso esame critico di ciascuna di queste teorie ed opinioni, alle quali il fr. 50 §. 1 *D. de her. pet.*, valse d'argomento o di conforto.

La teoria generale del Cogliolo, che nega la necessità dell' *animus neg. al. gerendi*, quale requisito dell'*a. negot. gestor. contraria*, già ebbe confutazione recente in un egregio lavoro, nel quale è riassunta e avvalorata, con larghezza di argomenti, non pur razionali, ma anche esegetici, la necessità di quel requisito ([14]).

Nè per la teoria dell'*utilis actio neg. gestor. contraria*, che, indipendentemente dal requisito dell' *animus neg. al. gerendi*, sussisterebbe come estremo mezzo giuridico atto a supplire alla mancanza di ogni altro, occorre omai ridire che per quella, con nome diverso di *util. a. neg. gestor. contr.*, viensi a designare più veramente l'azione d'arric-

§. 10, pagg: 177 e segg.; Francke, *op. cit.*, II, pagg. 325-6; Monroy, *Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte*, Rostock, 1878, pagg. 63 e segg.; Wächter, *Pand.*, Leipzig, 1880-1; §. 203, II, pagg. 456-7; Pacchioni, *Il requisito dell' an. neg. al. gerendi nell' obl. negot. gestor.*, estratto dai *Rendiconti dell'istituto lombardo*, ser. *II.*, XXIV (1891) pagg. 23-5.

(13) Fabro, *Ration.*, Lugd. Bat., 1619, *ad l. 14* §. *11* e *32 pr. D. de relig.*, *II*, pagg. 2111, 2124; * Slevogt, *Diss. de act. fun.*, Ienae, 1699 §. 5; Glück, *Comm.*, §. 772, XI, pag. 426-7; Dernburg, *Gesch. u. Theorie der Compens.*, Heidelberg, 1868, §. 39, pag. 345; Witte, *Die Bereicherungsklagen*, Halle, 1859, §. 4, pagg. 25 e segg.; Pfersche, *Die Bereicherungsklagen*, Wien, s. d., pagg. 72-82.

(14) Pacchioni, *op. cit.*, pagg. 21 e segg. Cfr. Id., *La l. 48 (49) D. III, 5 ed il requisito dell' a. neg. al. ger.*, nel *Bullett. dell' Ist. di dir. rom.*, III (1890), pagg. 42-60.

Digitized by Google

chimento, sicchè ai limiti e alle norme di questa occorre riferirsi ([15]).

L' opinione, che ravvisando nel nostro testo un'eccezione, vuol ricondurre il negozio a cui vi si accenna al *negotium gestum cum hereditate*, durante la semplice giacenza di questa, ha pur sempre contro di sè la grave obbiezione che nel caso nostro non si tratta affatto di giacenza semplice, e che il negozio è contratto non da un terzo (e con animo rivolto all' eredità spoglia tuttavia di chi la occupi), ma veramente da chi si crede erede, e con animo di erede.

Contro il concetto poi, assai comune, di considerare l' eccezionale accoglimento e dell' *a: n. gestor. contraria* nel nostro fr. 50 §. 1 e della *funeraria* nei fr. 14 §. 11 e 32 pr. *D. de relig.*, come derivante tutto dal *favor religionis*, può opporsi, e fu opposta, una grave considerazione ([16]); che mal s' intende come, in ispecie per la *funeraria*, il *favor religionis* dovess' essere più forte e più sentito ai tempi di Ulpiano e di Paolo, che a quelli di Trebazio e di Proculo, nei quali i riguardi d' indole religiosa e sociale che occorrono nella *funeraria* erano così vivamente sentiti, che troviamo questa ammessa a favore di chi abbia sostenute le spese funerarie, perfino *prohibente herede* (Labeone, presso Ulp., *lib. 25 ad ed.*, fr. 14 §. 13. *D. de rel.*, XI, 7) ([17]).

Da ultimo, a coloro che nel caso del fr. 50 §. 1 come nei fr. 14 §. 11 e 32 pr. *D. de relig.*, ravvisano una semplice applicazione del S. C. Giovenziano, può rispondersi fin d' ora che se nel fr. 50 §. 1 e nel fr. 32 pr.

(15) Windscheid, *op. cit.*, l. cit.

(16) Vangerow, *Pand.*, §. 664, III, pag. 504; Chambon, *op. cit.*, §. 18, pagg. 145-6; Zimmermann, *Aechte und unächte neg. gest.*, pag. 68-70.

(17) Dietzel. *De actione funeraria*, Lipsiae, 1853, pagg. 23 e segg.; Stur, *Das negot. utiliter gestum*, Weimar, 1878, pagg. 81-3.

Digitized by Google

D. relig., si accenna a un possessore dell' eredità, nel fr. 14 §. 11 invece nulla autorizza a ravvisarvi che occorra la qualità di possessore, mentre solo vi si dice che chi intraprese le spese funerarie *se heredem putat* ([18]).

§. 11. Rimane dunque a ricercare la spiegazione che può darsi di queste singolari applicazioni dell'*a. neg. gestor. contraria* e della *funeraria*, in casi di negozi e rapporti pertinenti all' eredità, e geriti da un erede putativo, con *animus* non ad altro rivolto, fuorchè a gerirli come ereditari.

Tale ricerca è resa necessaria dal contrasto in cui ci si presentano quei casi, rispetto a quanto ci rimane attestato precisamente, all' infuori di negozi ereditari: dove a che il gestore possa valersi dell'*a. negot. gestor. contraria* contro il *dominus*, si richiede in quello l'*animus* di gerire per questo: talchè al gestore, che, credendo sua propria la cosa, intenda gerire non per altri che per sè, quell' azione è negata espressamente, solo accordandoglisi invece o il diritto di ritenzione, da farsi valere coll' *exceptio doli*, o l' azione d' arricchimento.

Paolo pone chiaramente il principio: fr. 14 §. 1 *D. comm. div.*, X, 3: *ubi quasi in rem meam impendo tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* Cfr. Id., fr. 29 pr. *D. eod.* E altrove Paolo stesso: fr. 14 *D. de doli m. exc.*, XLIV, 4. *Paul. respondet eum qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

E Papiniano stesso, posteriormente al nostro fr. 50 §. 1, rispondeva: *lib. 2 resp.* fr. 48 *D. de rei vind.*, VI, 1: *Sumptus in praedium quod alienum esse apparuit a bonae fidei possessore facti neque ab eo qui praedium donavit, neque a domino peti possunt.*

(18) Francke, *op. cit.*, II, pagg. 381-2.

Digitized by Google

§. 12. E per tale ricerca che tende a spiegare l'intervento dell' *a. neg. gestor. contraria* e della *funeraria* nei nostri testi, conviene omai staccarci da coloro, che partendo anzitutto dal presupposto che in essi manchi in modo assoluto il requisito dell' *animus negotia aliena gerendi*, riuscirono a teorie o a spiegazioni che non ci parvero da accettarsi. E dobbiamo tosto ricercare se veramente il caso contemplato in quei nostri testi, di chi gerisce un negozio compreso in un' eredità che crede a sè deferita, e con animo di gerire come erede, sia in tutto da uguagliarsi al caso di chi gerisce un negozio altrui, credendolo suo proprio, e con animo di trattare non per altri che per sè medesimo: o se invece nei due casi l' elemento subbiettivo intervenga in guisa sostanzialmente diversa.

Un indirizzo che tende a valutare e a fissare questa differenza fu invero già tracciato fin dalla Glossa, la quale distingueva gli obblighi a cui l'erede avesse adempiuto *suo nomine*, o *hereditario nomine;* mentre con maggior precisione di linee la valutarono e fissarono scrittori moderni, e proprio in ispecie studiando il nostro fr. 50 §. 1.

Il Köllner, appunto pel caso di questo fr., sostenne che il possessore di buona fede, erigendo il monumento, mira ad eseguire la volontà del defunto; sicchè, per quanto egli si ritenga il continuatore della personalità patrimoniale di costui, per necessità di cose merita ed ha trattamento diverso da quello dato a chi gerisce con animo di farlo unicamente ed esclusivamente per sè medesimo ([19]). E ciò sia pure che quando gerisce, erigendo il monumento, l' istituito abbia già adita l' eredità, presentandosi veramente quell'obbligo come elemento accidentale di *modus*. Da un punto sostanzialmente diverso riprende invece quel concetto il Grosskopf ([20]), il quale, confortato dal consenti-

(19) Köllner, *op. cit.*, §. 16. pagg. 48-50.
(20) Grosskopf, *op. cit.*, §. 5 pagg. 103 e segg.

Digitized by Google

mento dell' Arndts ([21]), considera che l'erezione del monumento sia imposta qui come condizione; talchè l' istituito, quando la eseguisce, stia tuttora fuori dell' eredità, e appunto miri a questa nell' erigere il monumento. Secondo il qual concetto, certo più preciso e spiccato si presenterebbe nell' istituito l'*animus negotia aliena gerendi*; senonchè mentr' esso appare, già per quanto si disse, errato, neppure è necessario ricorrervi per valutare la differenza sostanziale dell' elemento subbiettivo dell' *animus gerendi*, che corre fra chi gerisce un negozio di un'eredità, sia pure già a lui deferita, e con animo di erede, e chi gerisce un negozio altrui, ma che crede suo proprio, e con animo di *dominus*: mentre poi sta pur sempre l'effetto retroattivo dell'adizione, anche da istituzione condizionale.

§ 13. Una tal differenza dell' elemento subbiettivo, comunque poi valutabile, non può negarsi; e certo vi corrisponde una differenza obbiettiva sostanziale, onde anzi quella stessa è possibile: cioè fra un negozio già appartenente al patrimonio nostro e un negozio appartenente ad un patrimonio altrui, che diventa, o varrà come già diventato, nostro, che viene a confondersi col nostro patrimonio, in forza, da un lato, della morte dell'autore e della delazione, dall' altro, della qualità che da noi assumasi di eredi. Questa differenza infatti non può a meno di affermarsi per forza naturale di cose; pur di fronte alla finzione giuridica, secondo la quale l' università patrimoniale del defunto si considera come continuantesi per ogni lato e rapporto nella persona dell'erede.

([21]) Arndts, *Gesamm. civil. Schriften*, Stuttgart, 1873-4, I, pagg. 111-2. Cfr. anche Maynz, *Cours. de droit. rom.*, Bruxelles, 1876-7, §. 175, II, pagg. 470-80: « Il n' est pas dans l'enterêt de sa propre individualité qu'il agit, mais dans l' enterèt d' une personalité, qui (d'apres sa croyance erronèe) est, à la verité, venue s' ajouter à la sienne, mais que nous pouvons toujour, mentalement et materiallement, separer de cette dernière. »

Digitized by Google

§ 14. Tale differenza, dal lato subbiettivo, come dall'obbiettivo, fra la gestione del negozio altrui gerito come ereditario ed ereditariamente proprio, e il negozio altrui gerito semplicemente come proprio, vera nell'ordine immutabile delle cose, può essere tuttavia più o meno avvertita, ed efficace o no, per uno od altro rapporto ed effetto, in dipendenza di varie cagioni; e forse in Roma però non potè divenir avvertita ed efficace che secondo un certo naturale processo d'evoluzione. Parmi che sia appunto in esso che noi dobbiamo cercare la ragione e la spiegazione sostanziale del singolare intervento dell' *a. negotior. gestor. contraria* e della *funeraria* nei nostri testi.

§ 15. Già fu notato come fra l' opinione di Trebazio e di Proculo nel fr. 14 § 11 *D. de relig.*, che esclude l' *actio funeraria* a favore di chi sostenne le spese funerarie pel defunto, credendosi erede, e però con animo digerir come erede, e l' opinione espressa da Ulpiano nello stesso frammento e da Paolo nel fr. 35 pr. *D. eod.*, si presenti un distacco: distacco che non può spiegarsi coll' erronea ipotesi di un *favor religionis* più sentito e più profondo al tempo di questi due ultimi giuristi che al tempo di quegli antichi. Mentre poi, accanto ai due testi di Ulpiano e di Paolo, e prima di quelli, sta il nostro fr. 50 §. 1 di Papiniano, nel quale, analogamente, si ammette l'*a. neg. gestor. contraria* a favore di chi abbia eseguita la volontà del defunto, credendosi erede di lui, e con animo di erede. Sicchè il contrasto sta, vivo e stridente, fra Trebazio e Proculo da un lato, Papiniano, Ulpiano e Paolo dall'altro.

§ 16. Ora tale contrasto parmi doversi attribuire alla coscienza avanzantesi del distacco obbiettivo che esiste fra il patrimonio dell'erede e quello del defunto e della corrispondente differenza nell' elemento subbiettivo dell' *animus* di chi gerisce per sè e di chi gerisce come erede. Mentre

Digitized by Google

Trebazio e Proculo, considerando tuttora nell' erede la continuazione compiuta e piena della personalità patrimoniale del defunto, non potevano ravvisare che l' atto dell' eredo, rivolto alla personalità del defunto, fosse determinato da *animus negotia aliena gerendi*, per contrario Papiniano, Ulpiano e Paolo, informandosi al concetto di quel distacco fra le due personalità del defunto e dell' erede, arrivarono a ravvisare nell' atto di questo, rivolto alla personalità di quello, un *animus negotia aliena gerendi: animus*, se vuolsi, non determinato da quel sentimento altruistico puro e spiccato, che interviene normalmente fuori di negozi ereditari geriti dell' erede putativo, ma pur tale da escludere, ciò che essenzialmente importa, l'intervento dell' *animus negotia sua gerendi* ([22]).

§ 17. Senonchè questa nostra veduta starebbe qui senza ogni appoggio, se non si richiamassero, ancorchè per cenni, le linee fondamentali dell' evoluzione che subisce in Roma l'eredità.

Nell'antica costituzione di Roma non occorre ricordare come, giusta il concetto ariano, la famiglia abbia natura e importanza essenzialmente civili, e come, standosi gli *heredes sui*, sotto la potestà del padrefamiglia, nella posizione quasi di condomini, non accada alla morte di costui alcuna scossa o distacco pel complesso dei rapporti non già d'indole solo patrimoniale, ma anche religiosa e civile compresi nella *domus familiaque;* per modo che pienamente e perfettamente la personalità del defunto padrefamiglia si continua in quella dei *sui heredes*; mentre con un diverso, o passaggio o ritorno a più vasta aggregazione, ciò si ha nella devoluzione, dopo gli *heredes sui*, ai gradi successivi degli *adgnati*, e dei *gentiles*. Che però l' *heres suus* si concepisca come il vero erede e

([22]) Cfr Köllner, *op. cit.*, pagg. 59-1; Grosskopf, *op. cit.*, pagg. 105 e segg.

Digitized by Google

continuatore dell' unità famigliare e civile della *domus familiaque*, resulta, oltre che dalla posizione sua di quasi condomino al padrefamiglia, da più segni: dal suo carattere stesso di necessario, e, d' altro lato, dalla necessità stessa della diseredazione di lui, che s' impone al padrefamiglia, perchè abbia efficacia la chiamata di altro diverso erede.

Ma poi la stessa regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, che parrebbe generica, se invece si guarda alla deroga genetica che aveva, deroga uscente dalle viscere stesse della famiglia, parla in quel senso. Secondo tale eccezione, infatti, dalla preterizione dei nipoti, non diseredati sia pure *inter ceteros,* consegue, non l' annullamento del testamento, ma un concorso delle due fonti di successione.

E già da questo che vero erede si considerasse (cosa per consueto non apprezzata forse abbastanza) propriamente l'*heres suus*, discese che la posizione d' ogni altro erede si viene atteggiando su quella di costui, con regole e forme particolari, dirette a riconoscere e a porre in atto l'efficacia più assoluta del concetto dell'istituzione d'erede, e in ispecie si viene atteggiando per la continuazione compiuta, famigliare, della personalità del defunto.

Ma col trasmutarsi del carattere civile della famiglia, riducendosi questa a mera istituzione privata, si trasmuta pure quel concetto, a cui, dentro essa, informavasi la successione. Nell'erede vien meno, o inclina a venir meno gradatamente, o a scemare d' importanza, la continuazione di rapporti d'indole non patrimoniale: già nel secolo sesto della Città, si hanno, invero, presso Plauto accenni del distacco dei *sacra* dal concetto e dall' essenza di erede (*sine sacris hereditas*: *Capt.*, IV, 1, v. 8; *Trin.*, II, 4, v. 83): distacco che più pienamente e compiutamente si afferma circa un secolo appresso (Cic., *de leg.*, II, 21) ([23]).

([23]) Cfr. Savigny, *Ueber die Behandl. der sacra priv.*, nei *Verm. Schrift.*, I, pagg. 183 e segg. e gli altri citati nel mio lavoro: *Il diritto priv. rom. nelle com. di Plauto,* Torino, 1890, pag. 228.

Digitized by Google

Corrispondentemente la successione testamentaria si libera a poco a poco da quelle forme e strette, entro cui era rattenuta dapprima, in ispecie per quanto spetta all'atteggiarsi della posizione d'ogni erede su quella dell' *heres suus*; all'organamento tutto formale vi si sostituisce il riguardo più libero e sciolto alla volontà espressa del defunto; mentre col fedecommesso s'avanza una liberazione decisa dal concetto antico formale di erede e della continuazione in questo della *domusfamiliaque*; mutandosi così radicalmente l'essenza della eredità, di famigliare in patrimoniale.

§ 18. Vien fuori, parmi, abbastanza chiaro, già da questo sguardo fuggevole all' evoluzione dell' eredità, come in quest' ultimo momento di essa, nel quale l' erede cessa d' essere essenzialmente il continuatore dei complessi rapporti d'indole civile e religiosa della *domus familiaque*, e cessa d' essere erede nato e più vero l' *heres suus* (nel quale non vi ha quasi trapasso nè cosa altrui che si acquisti) potesse e dovesse affermarsi un distacco fra le personalità del defunto e dell'erede e quindi divenisse possibile quel concetto di una differenza sostanziale fra l' *animus* di gerire per sè e quello di gerir come erede. Mentre è al concetto tuttavia dell'erede tipicamente famigliare e *suus* che s' informano le opinioni di Trebazio e di Proculo, è invece appunto al concetto dell'erede solo patrimoniale, o quasi, ch'è informata l'opposta sentenza di Papiniano.

§ 19. E avvertitamente nomino qui il solo Papiniano, come quegli che pel tema informasi per primo al nuovo concetto e segna il distacco da Trebazio a Proculo; e taccio invece di Ulpiano e di Paolo, i cui testi sulla *funeraria* sono pure espressione precisa di quel distacco; troppo certo parendomi che all'opinione enunciata in quei testi fosse già nettamente spianata la via dal nostro fr. 50 § 1. Nè poi

Digitized by Google

il fatto che Ulpiano, quasi veramente enunciando opinione sua propria, dica *puto*, anzichè *putatur*, *putatum est*, *dici potest*, e simili, può indurre in alcuno scrupolo o titubanza per ravvisare nel concetto a cui s' informa quel frammento, l'opera diretta di lui ([24]).

D' altro lato l'opera di Papiniano nell' evoluzione del concetto d'erede si manifesta da altri segni importanti, che qui voglionsi richiamare per cenni, riserbando ad altra migliore e forse non lontana occasione l' insistervi opportunamente.

Un' espressione di Papiniano è da rilevarsi come assai significante intorno alla nota regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, nella qual regola si coglie profondamente il concetto genetico della romana eredità. Coll'espressione, a cui accenniamo, Papiniano riferisce un caso di deviazione da quella regola, caso, intorno alla cui portata ed estensione può certo assai discutersi e si discusse ([25]), ma pur già essa per sè — *nec absurdum videtur pro parte intestatum filium videri (lib. 14 quaest.*, fr. 15 § 2 *D. de inoff. test.*, V, 2) — segna un vivo e spiccato contrasto colle parole di Pomponio: *earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus (lib. 3 ad Sab.*, fr. 7 *D. de reg. iur.*, L, 17).

Ancora, di fronte all'impossibilità dell'*institutio ex re certa*, derivante dal prisco concetto dell' istituzione d'erede, e durata come regola fin quasi all' ultimo diritto, è da ricordare quanto Papiniano operasse, per condurre a compimento la volontà del defunto, libera da quel formale inceppo, nel caso di più coeredi istituiti tutti in oggetti de-

([24]) Cfr. gli esempi arrecati dal Pernice, *Ulpian als Schriftsteller* nei *Sitzungsber. der Kön. preuss. Akad. der Wiss. zu Berlin*, 1885, pagg. 443 e segg.

([25]) Ruggeri, *Esposizione della regola di dir. rom.* « *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* » negli *Studi e docum. di storia e dir.*, II, pagg. 33-6.

Digitized by Google

terminati dell' eredità, per via di reciproche prestazioni di prelegati (PAPIN., *lib. 6 resp.*, fr. 79 (78) pr. *D. de her. inst.*, XXVIII, 5; ULP., *lib. 4 disp.*, fr. 35 pr. *D. eod.*), che prima con Gaio troviamo ammesse solo pel testamento militare (GAIO, *lib. 15 ad ed prov.*, fr. 17 pr. *D. de test. mil.*, XXIX, 1) ([26]).

Un senso particolare di spiccata importanza ha poi una regola di Papiniano, che in materia di petizione di eredità troviamo addotta da Ulpiano, quale arrecante singolare innovazione di diritto. Papiniano, invero, ammette l'azione in petizione d' eredità, piuttosto che contro l' erede fiduciario, nel quale è la qualità formale di continuatore diretto del defunto, contro l'erede fedecommessario, al quale veramente toccano i beni di lui: ciò, sia che il fedecommesso si celi sotto preghiera all'erede fiduciario di vendere *parvo pretio* l'eredità al fedecommessario, o si presenti invece come preghiera di restituire, solo *retenta certa quantitate* (ULP., *lib. 15 ad. ed.*, fr. 13 §§. 5-6 *D. de her. pet.* V, 3).

§ 20. Di fronte a quest'ultima opinione di Papiniano, che, già in sè e pel modo in cui è riferita da Ulpiano, ha senso d' importante novità e di deciso distacco, è rilevantissima l'opinione opposta di Giuliano, il quale, per quanto Ulpiano stesso ci riferisce, vuole sia intentata la *hereditatis petitio*, anzichè contro l' erede fedecommessario, contro l' erede fiduciario che restituì *ex causa fideicommissi* l'*hereditas*, o prestò le singole *res* (ULP., *lib. 15 ad ed.*, fr. 15 § 7 *D. de her. pet.*, V, 3). Il che conforta a ritenere che Giuliano s' informasse tuttavia al concetto formale d' erede e che per lui non si fosse per anco delineato alcun segno di quell' evoluzione, che al momento di Papiniano, e special-

([24]) NEUNER, *Die heredis institutio ex re certa*, GIESSEN, 1853, § 9, pagg. 132 e segg.; PADELLETTI, *Teoria dell' istituzione d' erede ex re certa*, nell'*Arch. giur.*, IV, pagg. 152-3.

Digitized by Google

mente per opera di esso, troviamo già in grado di compiuto sviluppo.

§ 21. Quest' ultimo rilievo era tanto più importante, dacchè torna quasi il medesimo in un altro punto, che ci riconduce a dirittura a quello che qui è oggetto delle nostre ricerche; pel quale proprio un altro passo di Giuliano presenta un contrasto di singolare importanza. Vi si tratta dell'erede putativo di un'*insula*, che fa spese per puntellare le case di questa: vi si tratta dunque d' un'*utilis gestio*, come se ne trattava nel caso del nostro fr. 50 § 1: in entrambi i casi avendosi che l' atto dell' erede putativo libera l' erede vero da un obbligo o da una spesa, ch' egli stesso avrebbe dovuto incontrare. E pure, come nel fr. 50 § 1, si ha in questo passo che l' erede putativo non agisce con altro animo, che di erede. Ma, mentre Papiniano ammette che l'erede putativo, così gerendo nell' erezione del monumento, abbia verso l'erede vero e la ritenzione e l' *a. negot. gestor. contraria*, Giuliano invece non gli accorda, per le spese incontrate a puntellare le case ereditarie, nulla più che un *ius retentionis*, o, s'intende, se restituita l'eredità, l'azione d'arricchimento.

Giuliano, *lib. 39 dig.*, fr. 33 *D. de cond. ind.*, XII, 6: *Et ideo constat si quis, eum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

Che qui pure Giuliano, sabiniano, s' informasse tuttavia al concetto famigliare d'erede, e però non ancora avvertisse il distacco e la differenza fra l' *animus* di gerire per sé e quello di gerire come erede, e che già si spieghi con ciò com'egli giunga a una risoluzione diversa da quella di Papiniano, par chiaro.

§ 22. Non così piano invece si presenta se fra i due testi esista vera antinomia, e come in tal caso possa spie-

Digitized by Google

garsi l'accoglimento d'entrambi ne' digesti giustinianei. Ma la spiegaziene anche di questo punto può aversi, e considerando la natura dei presupposti di fatto dei due testi, e tenendo presente il modo e il luogo d'accoglimento nei digesti del nostro fr. 50 § 1.

Nei due presupposti di fatto, se è identico il dato obbiettivo della liberazione derivante all'erede vero di un obbligo o di una spesa dall'atto dell'erede putativo, la natura essenziale dell'obbligo e della spesa è diversa. Nell'uno la spesa è fatta per un riguardo di pietà funeraria alla persona e memoria del defunto, e per obbligo derivante nel caso dalla volontà di questo, oltrechè dal generale debito religioso, senza proprio interesse di chi fa: nell'altro è rivolta solo al patrimonio di costui, e non ha altro scopo che di evitare al patrimonio stesso un deterioramento e non viene che da spontaneo impulso e per cura a cose, e per tutto proprio interesse, benchè supposto proprio.

Nel testo di Giuliano si contempla invero il caso del *fulcire* le *aedes* dell' *insula hereditaria*; ma esso si presenta con portata generale per ogni altra spesa utile fatta nel patrimonio ereditario; il quale vi si considera dunque così compenetrato ancora nel patrimonio dell'erede, da non ravvisarsi fra quello e questo un distacco, che pure importi differenza subbiettiva nell'*animus gerendi*.

Il distacco potè essere ravvisato dai compilatori con Papiniano, ancora soltanto in un caso eccezionale dov'esso appariva per sè così singolarmente spiccato e reciso e confortato dalla religione: nel caso appunto in cui avevasi la gestione rivolta alla persona e alla memoria del defunto, per riguardi di pietà funeraria: dove l' opera di Papiniano fu così spiccata e decisiva, ancora contro le regole fissate rigidamente da Giuliano (cfr. Ulp., *lib. 61 ad ed.*, fr. 20 § 3 *D. de adq. vel om. her.*, XXIX, 2); e però il passo di Papiniano, che informavasi a quei riguardi, fu accolto come novità e singolarità ardita di diritto. E che tal valore, e

Digitized by Google

non altro, si riconoscesse al nostro fr. 50 §. 1, di contro all'accoglimento di quello di Giuliano, resulta dalla stessa posizione di esso nel titolo *de hereditatis petitione*: in seguito alla parte organica e sostanziale, e dopo i passi tratti dalla massa edittale, da cui quella fu escerpita: non iu ispecie fra i passi di tal parte in cui si tracciavano le regole relative, o alla persona del convenuto colla *petitio*, o all'oggetto.

Ma, quanto a Papiniano, ch' egli fosse ben lungi dall'informarsi per quel passo solo alla considerazione di tal caso particolare, in cui interviene il riguardo alla pietà funeraria, ma desse invece alla sua veduta portata ed estensione generale per ogni negozio gerito in riguardo, come della persona, così del patrimonio del defunto, mentre già conforterebbe a ritenerlo l'opera da lui data, e che per altri lati si manifesta, all' evoluzione del concetto d'erede, parrebbe poi resultare in modo diretto e preciso dal nostro medesimo testo. In esso, invero, l' atto dell' istituito che erige il monumento al defunto, e libera con ciò dall'obbligo di erigerlo l' erede, è connesso al negozio gerito in generale per l'eredità — *veluti hereditario negotio gesto* —: gerito dunque anche all' infuori d' ogni riguardo particolare di pietà funeraria alla persona del defunto, e però anche proprio per quegli stessi rapporti d'indole puramente patrimoniale, ai quali si riferisce il frammento di Giuliano.

La veduta di Papiniano, che risponde con così felice esattezza alla compiuta evoluzione dell' eredità, già affermatasi con lui, e che risponde al momento giustinianeo e tuttora a quello del diritto moderno, non appare accolta tuttavia dai compilatori, se non che con un tal senso quasi di timida diffidenza, quasi apparendovi incompreso il principio generale che inaugurava; mentre contro di essa volle accogliersi con piena fiducia il passo di Giuliano che s'informava a una tradizione, contro cui contrastava già in quel momento la essenza vera dell' eredità.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google